

Parere n. 111 del 27/05/2010

Protocollo PREC 6/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società cooperativa Alphabet - Appalto dei servizi alberghieri e socio sanitari per la casa di riposo e residenza protetta Didari - Importo a base d'asta € 1.280.000,00 - S.A.: Opere Pie Decentrate di Cura e Ricovero "G. Didari" Francavilla Dete (AP).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 9 dicembre 2009 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società cooperativa Alphabet contestava la legittimità della *lex specialis*, asserendo che la stessa per la partecipazione alla gara richiedeva il settore di accreditamento EA 38 (servizi sanità ed altri servizi sociali resi da strutture direttamente) e non il settore EA 35 (servizi professionali socio sanitari resi da imprese).

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante, dopo aver evidenziato come l'istante non abbia presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara in oggetto, contestava che l'indicazione del settore di certificazione fosse prevista dalla disciplina di gara a pena di esclusione.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità della *lex specialis* nella parte in cui limiterebbe la partecipazione ai soggetti in possesso del settore di accreditamento EA 38 piuttosto che EA 35.

Invero, occorre prendere le mosse dalla espressa previsione della *lex specialis* in questione, quale fondamentale predeterminazione delle regole di gara che la stessa stazione appaltante si autovincola a rispettare in toto.

In particolare, con riferimento all'oggetto del servizio il bando ed il disciplinare fanno riferimento alla categoria di servizi n. 25, servizi sociali e sanitari, senza ulteriori riferimenti di specificazione, tantomeno a pena di esclusione, anche in sede di elencazione dei requisiti di partecipazione, peraltro formulati in termini piuttosto generici, richiedendosi, al punto 9, lett. j) del disciplinare di gara, semplicemente di "*possedere la certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 e/o 9002 per i servizi oggetto del presente appalto*".

A conferma di ciò assume rilievo la stessa richiesta di chiarimenti inviata alla stazione appaltante, datata 1 dicembre 2009, con la quale l'odierna istante, in merito ai requisiti di partecipazione, chiedeva quale settore di certificazione fosse richiesto, l'EA 35 e/o l'EA 38.

Solo in sede di informale risposta, formulata via posta elettronica, la stazione appaltante rispondeva che il settore di certificazione di riferimento è l'EA 38, sanità e altri servizi sociali, essendo questo l'oggetto prevalente del servizio.

In proposito si rileva che, sulla scorta del consolidato principio per cui le disposizioni contenute "*nella lex specialis*" di gara non vincolano soltanto i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione che non può sottrarsi alla loro puntuale applicazione, salva la facoltà di annullare o ritirare il bando nell'esercizio del potere di autotutela, nel caso di specie assume rilievo dirimente il richiamato tenore del bando e del disciplinare che non limitavano la partecipazione nei termini paventati dall'impresa istante.

Né alcun effetto modificativo o integrativo della *lex specialis*, che si ribadisce richiedeva semplicemente di "*possedere la certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 e/o 9002 per i servizi oggetto del presente appalto*", poteva avere la mera indicazione del settore di certificazione di riferimento data ad un concorrente successivamente alla sua pubblicazione e in via puramente informale.

Al riguardo, si segnala una recente sentenza (Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 248), con la quale, relativamente ad una fattispecie analoga a quella in esame, in cui il responsabile del procedimento, sempre a mezzo di posta elettronica, aveva fornito chiarimenti in risposta ad un quesito posto da un concorrente, il quale aderendo ai medesimi si era visto escludere dalla procedura di gara, il giudice amministrativo ha precisato che alcuna rilevanza poteva assumere la nota di risposta del responsabile del procedimento, che "*in disparte la rilevanza ad altri fini dell'eventuale*

affidamento ingenerato” (evidentemente sotto il profilo risarcitorio) “ è certamente irrilevante a fronte di una previsione della lex specialis”.

In definitiva, giova rilevare che, in generale, sono auspicabili previsioni della *lex specialis* maggiormente dettagliate, in modo da costituire un chiaro punto di riferimento per le risposte da fornire da parte del responsabile del procedimento alle eventuali richieste di chiarimento dei concorrenti, al fine di garantire il rispetto dei principi fondamentali della trasparenza, della tutela della par condicio e del favor participationis.

Tuttavia, a fronte di un dato generico del bando e del disciplinare di gara, come verificatosi nel caso di specie, i chiarimenti forniti non sono affatto idonei ad integrare o modificare la *lex specialis*, che ha carattere imperativo, per cui siffatti chiarimenti non possono assumere alcun valore ostativo alla partecipazione alla procedura di gara in oggetto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la contestata clausola del bando di gara non è conforme alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2010